



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

ISSN: 2145-9355

Fundación Universidad del Norte

Sánchez Zapata, Diana Carolina; Vergara Mesa, Hernán Darío
Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia*
Revista de Derecho, núm. 53, 2020, Enero-Junio, pp. 205-231
Fundación Universidad del Norte

DOI: <https://doi.org/10.14482/dere.53.348.6>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85170148010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Las condiciones de trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia*

*The Working Conditions and Collective
Bargaining of Public Employees in Colombia*

D I A N A C A R O L I N A S Á N C H E Z Z A P A T A

Profesora del área de Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia (Colombia). Abogada, Magíster en Derecho de la misma institución.
diana.sanchez@udea.edu.co - ORCID ID: 0000-0002-4992-8833.

H E R N Á N D A R Í O V E R G A R A M E S A

Profesor de las áreas de Derecho Público y Laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Colombia). Abogado, Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia y Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).
hernan.vergara@udea.edu.co - ORCID ID: 0000-0003-2288-2182.

* Artículo resultado de la investigación “La repercusión del principio de participación en la teoría del acto administrativo: un análisis de su incidencia en el carácter unilateral de los actos administrativos en los procedimientos administrativos para la expedición de licencias ambientales y de la negociación colectiva de los empleados públicos”. Grupo de Investigación en Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Antioquia.

Resumen

El artículo aborda las dificultades que encuentra el ejercicio del derecho a la negociación colectiva por parte de los empleados públicos, en modelos de función pública sustentados en la teoría estatutaria del empleo público, como el adoptado por Colombia. Del mismo modo, muestra los alcances del concepto de *condiciones de trabajo* en el escenario de la función pública y las grandes posibilidades que se abren para la negociación cuando se operan las disposiciones jurídicas de ese sector del Estado con el instrumental previsto por el sistema normativo internacional que regula el trabajo humano.

PALABRAS CLAVE

Condiciones de trabajo, negociación colectiva, empleados públicos, participación, derechos humanos.

Abstract

The article addresses the difficulties encountered by the exercise of the collective bargaining right by public employees, in public service models supported by the statutory theory of public employment, such as that adopted by Colombia. Similarly, it shows the scope of the concept of working conditions on the stage of public función and the great possibilities that open up for negotiation when operating the legal provisions of that sector of the State with the instruments provided by the international regulatory system that regulates human labor.

KEY WORDS

ReWorking conditions, collective bargaining, public employees, participation, human rights.

1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva en el sector público no es nueva en Colombia. La posibilidad de que ciertos servidores públicos pudieran negociar sus condiciones de trabajo con los empleadores estatales se remonta por lo menos a la época de expedición del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, a mediados del siglo XX. Quienes tuvieron esta posibilidad desde entonces fueron los trabajadores oficiales, los cuales sostienen con el Estado una relación contractual. Eso facilitó, y con los mismos alcances que en el ámbito privado, la utilización de esta figura del derecho laboral colectivo (Decreto 2663/1950, de 5 de agosto, art. 416).

Otra suerte ha corrido el grupo de los empleados públicos. Su relación estatutaria (legal y reglamentaria) con el Estado ha imposibilitado históricamente la penetración de las instituciones del derecho laboral, en particular el derecho a la negociación colectiva. Es apenas lógico que, si su vínculo es de tal índole, las condiciones de trabajo se definan unilateralmente por el Estado, tal como corresponde al modelo de función pública adoptado por Colombia, que es el continental europeo de inspiración francesa (Vergara, 2015, p. 178).

Solo recientemente se han generado las condiciones para que puedan desarrollarse procesos de negociación colectiva entre los empleados y el Estado. La ratificación por Colombia de varios convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la consagración del derecho a la negociación colectiva en la Constitución Política de 1991 para todos los trabajadores y la expedición de algunas normas internas de carácter administrativo y reglamentario han propiciado la posibilidad, aunque en un escenario plagado de restricciones. El punto de referencia de estos procesos de negociación se hace descansar en las llamadas condiciones de trabajo (Decreto 160/2014, de 5 de febrero, art. 4). Poco o nada se ha dicho sobre este particular, ante todo porque no es comparable esta noción en los campos público y privado, en atención al hecho de que el primero se orienta por el interés general y quienes lo representan son los empleados del Estado, mientras que el conflicto entre el capital y el trabajo es una de las marcas de las relaciones de trabajo privado.

El propósito de este artículo consiste en ofrecer elementos para la comprensión del concepto de *condiciones de trabajo* en el complejo espectro de la función pública. La idea es analizar las implicaciones de tal concepto en un marco de función pública, pero, a la vez, proponer fórmulas que permitan clarificar sus posibilidades en los procesos de negociación colectiva que tienen como parte a los sindicatos que representan a los empleados públicos a partir del análisis de algunos de los supuestos de condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2. METODOLOGÍA

El artículo es resultado de una investigación dogmática, con referencia al derecho positivo colombiano. Desde una perspectiva cualitativa, se propuso una revisión del carácter unilateral de los actos administrativos en algunos escenarios de actuación administrativa, uno de ellos en particular, el relativo al procedimiento especial para la negociación colectiva de los empleados públicos. Como enfoque de análisis, se utilizó la propuesta inductiva de “ámbitos de referencia” de Schmidt-Assmann (2003, p. 12). Este método de estudio permite, además de profundizar en el procedimiento para la negociación colectiva y de reconocer los alcances del concepto de condiciones de trabajo para los empleados públicos, proponer elementos que permiten una revisión crítica de categorías fundamentales del derecho administrativo, como es el caso de la teoría estatutaria en el campo de la función pública, cuando se vincula a su estudio el significado del principio democrático, a partir del valor que se le ha reconocido en las normas internacionales de derechos humanos, en que se le relaciona con los derechos laborales y, en específico, con el derecho a la negociación colectiva.

3. RESULTADOS

Función pública e interés general

La función pública alude a todo el conjunto de las funciones que han sido establecidas por el orden jurídico para que sean cumplidas por el Estado, y por eso recoge las actividades y competencias que asumen todos sus órganos, sean estas de carácter legislativo, jurisdiccional o administrativo. Cualquier actividad o competencia es reconducible a algunas de las mencionadas (Merkel, 2004, p. 10), incluso cuando se trata de la actuación desplegada por aquellos organismos dispuestos constitucionalmente como independientes de las ramas del poder público (Constitución Política de 1991, art. 113). Pero también se ha entendido en un sentido más restringido, referido a toda la actuación tendiente a la gestión de las relaciones que el Estado sostiene con las personas naturales que le prestan servicios personales (Sarria, 2002, p. 104).

Los sentidos de la función pública así expuestos parecen opuestos. Sin embargo, esa diferencia es solo aparente, pues responden a momentos diferentes del mismo proceso: el cumplimiento de la función encomendada al Estado. En efecto, la función pública sufre necesariamente una secuencia de transmisión paulatina entre órganos colectivos e individuales (Merkel, 2004, p. 391); primero, lo hace a través de las técnicas de la descentralización, la desconcentración y la adscripción, en virtud de las cuales las funciones son transferidas a organismos, entidades y dependencias especializadas, para finalmente ser adscritas a empleos, que serán ocupados por personas individuales que tendrán a su cargo porciones de tales funciones y que las llevarán a cabo de manera concreta en el contexto administrativo que corresponda.

La anterior secuencia es una exigencia lógica del carácter moral que reviste el Estado, el cual, tanto como ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, requiere el auxilio de sujetos físicos que desarrollen concretamente las funciones que tiene a cargo (Garrido, 2005, p. 611). El órgano abstracto recibe inicialmente la función, pero el que la cumple en la realidad es el órgano individual. He ahí la relación.

Por otra parte, la función pública tiene como imperativo la garantía del interés general (Constitución Política de 1991, art. 209); esta es la finalidad que sostiene todo el andamiaje de legitimidad del Estado (Blanquer, 1998, p. 177), específicamente para el uso de prerrogativas, privilegios y potestades que les permiten sobreponerse a los demás sujetos jurídicos, mediante atribuciones de autotutela administrativa (García de Enterría y Fernández, 1993, p. 487). Tanto órganos colectivos como órganos individuales son depositarios y responsables del interés general; la función que cumplen no es la suya sino la del Estado, y por eso los intereses de estos deben coincidir con los intereses generales (Rincón, 2018, p. 71).

Función pública y relaciones de trabajo

Desde la perspectiva de la función pública como el conjunto normativo que regula la gestión de los prestadores de servicios del Estado, esto es, de las personas físicas que despliegan tareas estatales como agentes, servidores o trabajadores del Estado, tales prestadores pueden sostener diferentes clases de relaciones jurídicas.

Las usuales serán las relaciones de trabajo, en las cuales cumplen sus actividades en condiciones de subordinación y a cambio de una contraprestación salarial; este es el caso típico de los servidores públicos, que en este país pueden ser los miembros de las corporaciones públicas, los trabajadores oficiales y los empleados públicos (Constitución Política de 1991, art. 123). También pueden ser relaciones civiles o comerciales, en aquellos casos en los que las actividades no se realizan en condiciones de subordinación sino con autonomía técnica, y que son remuneradas mediante honorarios, como ocurre con los contratistas de prestación de servicios (Ley 80/1993, de 28 de octubre, art. 32).

El análisis que se hace en este artículo se concentra en las relaciones que sostiene el Estado con los empleados públicos. Estas relaciones son laborales pero especiales. El ente estatal se comporta en ellas como un empleador, pero con amplias facultades de dirección y perfilamiento de las condiciones de trabajo. A estas relaciones se les denomina estatutarias, y en Colombia se les conoce como “legales y reglamentarias” (Ley 1437/2011, de 18 de enero, art. 104). La teoría estatutaria del empleo público las caracteriza como relaciones: a) de derecho público lo cual sugiere desigualdad jurídica entre el Estado y los empleados, b) fundadas en el interés general, c) configuradas unilateralmente y d) necesitadas de un estatuto para la definición de las condiciones laborales (Balbín, 2005, p. 24 y ss.).

Estas características ponen de presente la amplia facultad que tiene el Estado para establecer las condiciones de empleo de los empleados públicos, justamente para asegurar que su actividad sea conforme con los intereses generales y sea permeable a las cambiantes necesidades del servicio público. La adherencia de los intereses de los empleados a los del servicio, que son los del Estado, es prácticamente una ineludible consecuencia de la teoría estatutaria (De la Cueva, 1990, p. 619; Weber, 2012, p. 180), prohijada, en gran parte, por Colombia en su sistema de función pública.

Las relaciones de trabajo de los empleados públicos, vistas en la línea del derecho público, son relaciones resistentes al acuerdo laboral, por razón de la facultad que tiene el Estado de definirlas mediante un estatuto, expresado en un conjunto normativo integrado por disposiciones legales y reglamentarias (Díez, 1997, p. 89). Eso dificulta que tales condiciones puedan reflejar los intereses personales de los empleados, pues la función que ellos cumplen es la del Estado, y este, como se sabe, debe procurar los intereses generales en cada una de sus actuaciones.

Las condiciones de trabajo en la función pública

El concepto de *condiciones de trabajo* o de empleo hace alusión al amplio campo de situaciones, circunstancias y de relaciones que pueden presentarse entre empleadores y trabajadores en el curso de la relación laboral. Las normas que se ocupan del tema utilizan de modo genérico el concepto sin detenerse en la determinación de su contenido y alcances. La OIT, al definir el objeto de la negociación colectiva, simplemente señala que ella puede regular las condiciones de trabajo y las relaciones entre empleadores y trabajadores (C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), art. 2), y lo propio hacen las normas nacionales sobre ese mismo punto (Decreto 2663/1950, de 5 de agosto, art. 374; Decreto 160/2014, de 5 de febrero, art. 5).

La doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT ha indicado que las condiciones de empleo incluyen, además del tipo de convenio que se ofrezca a los trabajadores, materias como “los salarios, prestaciones y subsidios, la duración del trabajo, las vacaciones anuales, los criterios de selección en caso de despido, un alcance del convenio colectivo, el otorgamiento de facilidades a los sindicatos, que incluyan un acceso al lugar de trabajo más amplio que el previsto en la legislación” (OIT, 2006, p. 195).

En un campo como el de la función pública, el concepto se torna difuso y problemático. Por múltiples razones, unas históricas y otras lógicas, se ha impedido —*prohibido*— el desarrollo de procesos de negociación colectiva que culminen con la celebración de convenciones o acuerdos, cuando una de las partes está constituida por empleados públicos. Esta realidad ha sido superada o morigerada por algunos países del mundo, entre ellos algunos latinoamericanos, como Argentina, Ecuador, El Salvador (Mugnolo, 2013), pero sigue enquistada en el derecho colombiano.

La justificación histórica tiene que ver con la tardía aparición del derecho laboral en relación con el derecho administrativo, este último que acaparó toda la explicación dogmática y regulativa de las relaciones jurídicas que se configuran con los empleados públicos (Balbín, 2005, p. 15). Autores como Jèze (1949) lo resumieron con claridad, al señalar que “la situación de los agentes del servicio público propiamente dichos será reglada unilateralmente por los jefes de repartición o por los gobernantes; el contrato no entrará en juego en ningún momento” (p. 267), y así ha sido aceptado por la doctrina (Rincón, 2009, p. 2015) y la jurisprudencia colombiana (Sentencia n° 25000-23-25-000-1998-03468-01(0905-05) de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 9 de agosto de 2007).

La justificación lógica, por su parte, se halla en el tipo de relación que sostienen el Estado y los empleados públicos. El carácter especial del empleador público problematiza cualquier posibilidad de trasplante a la función pública de la idea de conflicto entre el capital y el trabajo, propia de la relación que sostienen trabajadores y empresarios. El Estado no es una empresa, sino que es un empleador *sui generis* que tiene a su cargo los intereses generales, y para eso vincula a servidores para que lo representen con ese propósito (Ackerman, 1998, p. 14).

Lo anterior se refuerza con la potestad de autoorganización que se reconoce a las organizaciones complejas, como el Estado, y especialmente a su Administración pública, en virtud de la cual gozan de autonomía y discrecionalidad para concretar los elementos organizativos que son necesarios para satisfacer el servicio que deben cumplir (Rincón, 2018, p. 69 y ss.). Uno de esos elementos es el factor humano representado por los empleados y, por tanto, las condiciones en que deben desarrollar su labor.

Dichas condiciones tienen que ver con los diferentes tópicos que rodean la relación de trabajo con el Estado. El Decreto 160/2014, de 5 de febrero define tales condiciones como “los aspectos propios de la relación laboral de los empleados públicos” (art. 4), lo que básicamente puede enmarcarse en temas relativos a los requisitos de vinculación, evaluación y ascenso; las funciones, tareas y responsabilidades; la remuneración, que comprende los aspectos salariales y prestacionales, los estímulos y otros conceptos remuneratorios; la disciplina; las situaciones administrativas; y, en general, todo lo relacionado con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios.

Cada uno de los aspectos mencionados supone complejos campos de regulación legal, que es complementado por una amplia gama de normas administrativas de origen diverso, muy dependiente del cuadro competencial definido en la Constitución Política de 1991. Esto pone de presente que lo que potencialmente puede ser objeto de definición mediante procesos de negociación colectiva, ha sido, y sigue siendo en la actualidad, reglado en normas positivas que constan en lo que se podría denominar el estatuto del empleado público.

La mayoría de los aspectos que rodean la relación de trabajo de los empleados públicos tienen presupuestada una ordenación mediante normas legales, complementadas en algunos casos por reglamentos y otras normas administrativas; en definitiva, por actos públicos de carácter unilateral. A causa de esto, queda la inquietud sobre el espacio en el que puede operar la negociación colectiva para este grupo de servidores públicos.

Las condiciones de trabajo en la función pública: entre restricciones y posibilidades

Las restricciones

El concepto de *condiciones de empleo* en la función pública sufre serias fracturas cuando es llevado al campo de la negociación. No solo se trata del conjunto de materias que hacen parte de su contenido, sino también de la existencia de normas jurídicas que regulan, como ya se dijo, la mayoría de esos aspectos, y que, no limitándose a eso, incorporan una serie de restricciones que imposibilitan en términos reales la negociación colectiva.

El Decreto 160/2014, de 5 de febrero establece básicamente dos clases de restricciones. Unas generales que tienen que ver con el respeto por las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a ciertas entidades y autoridades públicas, por el presupuesto público, por la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad fiscal (art. 3), así como por los límites que fije el Gobierno Nacional en materia salarial para las entidades territoriales y la imposibilidad de negociar temas pensionales (art. 4, par. 2).

Otras restricciones son específicas y se refieren a materias expresamente excluidas de cualquier proceso de negociación, tales como la vinculación, la evaluación y el ascenso, aspectos que constitucionalmente están definidos como de reserva de ley (Constitución Política de 1991, art. 125), la estructura del Estado y la estructura orgánica e interna de sus entidades y organismos; las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; el mérito como esencia y fundamento del sistema de carrera; la atribución disciplinaria de las autoridades públicas; y la potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria (art. 5, par. 1).

Además de estas restricciones genéricas y específicas que pueden incidir directamente en las condiciones del empleo y en aspectos sustanciales de la relación laboral, llaman la atención y han sido objeto de análisis otros aspectos del decreto, como la exigencia relativa a que la asociación que representa a los empleados tenga carácter sindical, con lo que se afecta el derecho a la libertad sindical y se contraviene el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151). Asimismo, la necesidad, según el Decreto 160/2014, de 5 de febrero, de que la autoridad competente adopte los acuerdos alcanzados bajo la formalidad de acto administrativo, lo que haría pender de este último el valor jurídico de los compromisos

alcanzados entre las autoridades y las organizaciones sindicales, y relativiza el acuerdo mismo y su carácter vinculante (Vergara, 2019, pp. 129-139).

Por la magnitud de las restricciones que se acaban de enunciar, ¿qué puede quedar para ser discutido y acordado en un proceso de negociación de condiciones de trabajo? Se dice esto porque, si acaso la reserva de ley que caracteriza los asuntos que tienen que ver con este concepto no cobijaba a ciertas materias, las restricciones que se acaban de enunciar sí las comprende, lo que deja entrever que el derecho a la negociación colectiva se parece más a una consagración retórica o a un derecho débil (Guastini, 1999, p. 186) que a una posición jurídica con consecuencias concretas para los empleados públicos.

Las posibilidades

La afirmación anterior, sin embargo, no puede ser recibida sin reparos. Varias razones conducen a interpretar con beneficio de inventario las restricciones que se imponen a la negociación colectiva de los empleados públicos. La primera tiene que ver con el carácter fundamental y humano del derecho en cuestión; la segunda, con la naturaleza burocrática —no democrática— de la norma que en Colombia impone actualmente las restricciones; y la tercera, el contenido y alcance de cada uno de los supuestos de restricción que, si bien pueden cobijar múltiples casos, abren la posibilidad de otros tantos que razonablemente serían susceptibles de concertación.

En primer lugar, cabe advertir que el Estado colombiano consagró el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos a partir de la adopción por la Constitución Política de 1991 de un modelo de Estado constitucional y social de derecho, en que se hace una apuesta directa por la garantía de los derechos fundamentales (Sentencia de Tutela n° 406/92 de Corte Constitucional, 5 de junio de 1992). Este modelo se caracteriza porque, además de concebir las constituciones como textos rígidos, normativos y prevalentes sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, se preocupa por la limitación del poder político y por la garantía de los derechos (Aguiló, 2001).

Pero también debe valorarse el estatus jurídico del derecho a la negociación colectiva, en atención a que es considerado como derecho humano en los más importantes instrumentos internacionales sobre la materia, como se verifica en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 (art. 23.4); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (art. 22); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (art. 8); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (art. 16); en la Carta de

la Organización de los Estados Americanos (A-41) que en el literal c) del artículo 45 incluye el derecho de negociación, el derecho de asociación sindical y el derecho a huelga como parte de los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” (art. 8).

Estos instrumentos son coincidentes en que el ejercicio de este derecho solo podrá ser restringido por la ley en tanto sea necesario en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, y también cuando se trate de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966). Y cabe resaltar que estos vinculan al Estado colombiano por haberlos adoptado como parte de su normativa interna (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Ahora bien, no se puede dejar de lado el hecho de que la negociación colectiva es considerada como uno de los cuatro principios fundamentales del trabajo por parte de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Adoptada en 1998, inicialmente denominados *derechos humanos fundamentales* (Válticos, 1977, p. 239), lo que ha llevado a que se le estime como parte de *ius cogens* (Ortiz, 2010), condición esta que les imprime una importancia jurídica superior a la de otros derechos o posiciones jurídicas, en tanto reglas consuetudinarias, es decir, expresiones del reconocimiento social de la existencia de unos valores generales, esenciales, superiores e indisponibles (Vega y Martínez, 2002, pp. 10-11); estas reglas, por el grado de consenso y aceptación internacional que han logrado, se tornan imperativas y no admiten acuerdo en contrario, tal como lo prevé la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969) (art. 53).

Como derecho humano integrante del *ius cogens*, los Estados solo pueden restringir un derecho de esta índole en las condiciones estrictas, antes señaladas en los instrumentos de derechos humanos que los consagran, y solo a través de normas con rango legal (OEA, 1969, art. 16 numeral 2) (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 4).

El citado carácter exige su interpretación y aplicación bajo criterios especiales solo operables en el campo de los derechos humanos, conocidos como los principios *pro homine* y de progresividad. Con arreglo al primero, los operadores jurídicos tienen tres clases de deberes a la hora de aplicar las normas cuando se discute un derecho humano: dar aplicación a la norma más protectora, conservar la norma más favorable e interpretarla con sentido tutelar a favor del derecho y no de la restricción (Henderson, 2004, p. 93).

De lo anterior se entresacan dos consecuencias importantes. La primera es que cualquier limitación que se le imponga al referido derecho debe ser interpretada restrictivamente, en procura de favorecer el ejercicio del derecho y no su intervención. Esa es la metodología para el examen de las múltiples limitaciones que el orden jurídico colombiano ha incorporado al citado derecho. La segunda es que tales limitaciones deben ser estipuladas por la ley y con el “único objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos” (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, art. 5).

La revisión de la última consecuencia conduce a estipular un problema de validez y hasta de responsabilidad internacional para el Estado colombiano, por haber prescrito limitaciones al derecho a la negociación colectiva sin respetar la reserva legal, y así contravenir las normas internacionales ya mencionadas. El Decreto 160/2014, de 5 de febrero es un reglamento, esto es, un acto de naturaleza administrativa emitido por el Ejecutivo colombiano que, a la postre, y si se observa bien, cumple nada menos que el rol de empleador en la relación laboral que traba el Estado colombiano con los empleados públicos.

La omisión de la reserva de ley a la que se halla sometida la negociación colectiva ya había sido denunciada por la Corte Constitucional mediante Sentencia de Constitucionalidad nº 1234/05 de la Corte Constitucional, 29 de noviembre de 2005, en que, si bien declaró ajustada a la Constitución la prohibición de que los sindicatos de empleados pudieran presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, advirtió sobre el deber que tiene el legislador de desarrollar en un término prudencial el procedimiento para que los sindicatos de empleados públicos puedan hacer uso de tal derecho, según el artículo 55 de la Constitución y el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151) y el C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154). A la fecha, el legislador no ha cumplido con este deber.

De todos modos, quizá, el asunto más importante que convoca el concepto de *condiciones de empleo* en la negociación colectiva cuando una de las partes son los empleados públicos tiene que ver con el contenido y los alcances de las restricciones que se imponen en la actualidad a ese derecho, pero ya examinadas con el apoyo de la caja de herramientas que se debe utilizar en presencia de derechos como ese, como quedó dicho, y en atención a las particularidades ya anotadas del empleador estatal.

En efecto, tratándose del sector público, se ha dicho que la negociación colectiva en la Administración pública plantea problemas particulares (OIT, 1994, pâr. 261), como los que ya se anotaron relativos a la tendencia uniformadora a través de la ley de los derechos, deberes y condiciones de trabajo de los empleados; el alto costo financiero que los gastos laborales generan en el

presupuesto público, cuya aprobación depende, entre otras cosas, de órganos de representación democrática; y la falta de autonomía de los empleadores públicos para negociar, en tanto están sujetos a una serie de limitaciones por parte de órganos externos de diversa índole (Gernigon, Otero y Guido, 2000, p. 52).

Por eso, el Comité de Libertad Sindical ha encontrado razonable que ciertas cuestiones relativas a la dirección y funcionamiento del gobierno, así como al número de personal o de departamentos que pueden verse afectados por dificultades financieras, queden por fuera de la negociación (OIT, 2006, p. 196). Del mismo modo, la posibilidad de que la legislación establezca un “abanico salarial” que sirva de base a las negociaciones, siempre y cuando los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica ofrecerles el acceso a toda la información relevante sobre el particular (OIT, 1994a, p. 126).

Sin embargo, el citado organismo de la OIT ha estimado que una legislación en la que se faculta a una autoridad para fijar normas relativas a salarios, descanso, vacaciones y otras condiciones de trabajo, excluyéndolas de la esfera de la negociación colectiva, no se adecúa a lo establecido en los convenios de la OIT (2006, p. 196). Es decir, que la doctrina autorizada de la OIT comprende las particularidades del trabajo humano que se despliega a favor del Estado y las restricciones que allí se pueden prever, pero declara también la improcedencia de la gestión unilateral de las condiciones de empleo por parte del Estado en temas que están en el corazón de cualquier proceso de negociación laboral, como ocurre con los salarios, las prestaciones sociales, las jornadas de trabajo, los subsidios, la duración del trabajo, las vacaciones anuales, los criterios de selección, el alcance del convenio colectivo y el otorgamiento de facilidades a los sindicatos, que incluyan un acceso al lugar de trabajo más amplio que el previsto en la legislación (Von Potobsky y De la Cruz, 1990, p. 311; OIT, 2011, pár. 568).

Lo anterior va de la mano con el hecho de que la negociación colectiva es, además, una expresión del principio democrático, concretamente del principio constitucional de participación, que se expresa, entre otros, en el derecho que tienen las personas de hacerse parte y contribuir en la conformación de las decisiones que las afectan (Constitución Política de 1991, art. 2). Este es un derecho que se expande en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas del Estado, y alcanza incluso las relaciones privadas.

La OIT (2011) ha estimado que, en la medida en que en el diálogo social expresado a través de la negociación participan los actores sociales, se convierte en un mecanismo que estimula la responsabilidad respecto de las decisiones que afectan al conjunto de los ciudadanos de una sociedad, y produce de contera una mejora sustancial en la gestión del Estado. Del mismo modo, cumple en el ámbito laboral un propósito fundamental: generar las buenas relaciones entre

trabajadores y empleadores en la definición de las condiciones de empleo, y crea un marco de confianza en los que unos y otros tienen la oportunidad de expresar su opinión en igualdad de condiciones y pueden esperar que los resultados sean justos y equitativos; con ello se fomenta la paz social y se previene, en buena medida, la activación de conflictos laborales costosos e innecesarios.

Concebir la negociación colectiva en escenarios atravesados por el principio de participación implica repensar el llamado “estatuto del empleado público”. Para considerarla en ese escenario, debe tenerse en cuenta que el producto de los acuerdos logrados a través de la negociación no deja de ser una norma jurídica que se incorpora como un elemento integral de este estatuto (Fiorini, 1976, p. 790).

Si bien el estatuto del empleado público ordinariamente está compuesto por normas de distinto origen, por lo regular de carácter legal y reglamentario, esto es, unilateralmente impuestas por el Estado, nada obsta para que algunas sean fruto de procedimientos administrativos especiales consensuados, en que la decisión administrativa sea el producto de una participación cualificada de los interesados, como corresponde con las nuevas facetas del derecho administrativo, dentro de un Estado que se legitima y orienta constitucionalmente a partir de la protección de los derechos y en el principio democrático (Schmidt-Assmann, 2003, p. 115).

Ejemplo concreto de esta posibilidad la ofrece la función pública argentina, país que guarda en este ámbito grandes similitudes institucionales con Colombia. Allí, a partir de la Ley 24.185/1992, de 11 de noviembre, se dispuso un marco regulador de las negociaciones colectivas desarrolladas entre la Administración pública nacional y sus empleados. Esta ley se caracteriza, en primer lugar, porque alcanza a todos los empleados del poder ejecutivo del Estado nacional; en segundo lugar, porque abre un vasto campo para la negociación colectiva, la cual puede llegar a cobijar todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo público, salvo algunos asuntos (art. 8); y en tercer lugar, porque cumple el papel de norma mínima de los derechos de los empleados (Titiro, 2013).

A partir de lo anterior, pueden reexaminarse algunos de los puntos considerados en el apartado previo como condiciones de empleo en el campo de la función pública, y determinar hasta qué punto las restricciones que se han impuesto en Colombia por vía reglamentaria son conformes —o se pueden interpretar conformes— con el marco normativo que las ordena. Ese marco normativo comprende una serie de fuentes que tienen la pretensión de regular el citado campo del derecho, en que tienen especial protagonismo las normas internacionales del trabajo, las relativas a los derechos humanos y los criterios peculiares que esta clase de derechos incorpora para su operación en los casos concretos.

El contenido modulado de las condiciones de trabajo en la función pública

El marco normativo al que se ha aludido dispone que las condiciones de trabajo o empleo son el objeto básico de la negociación colectiva, lo cual da a entender que las partes de este proceso pueden discutir y acordar reglas en cualquier materia que quede allí comprendida, las cuales tienen que ver con los procesos de vinculación, evaluación, ascenso y permanencia en los empleos públicos, las funciones, tareas y responsabilidades asignadas a tales empleos, la remuneración y las prestaciones sociales, el régimen disciplinario y las situaciones administrativas y las jornadas, horarios y circunstancias concretas de la prestación de los servicios.

Por ser la función pública el escenario en que se desarrolla este proceso, se deben admitir lógicamente restricciones en atención a las calidades especiales que reviste el Estado, que tiene a cargo la garantía del bien común y la prestación de los servicios públicos. Por eso, se ha considerado razonable que la negociación no comprenda algunos asuntos, por ejemplo los relativos a la dirección y funcionamiento del gobierno, así como a la definición de la cantidad del personal o de dependencias públicas, por el fuerte impacto que pueden generar al presupuesto público. Por fuera de estos puntos, cualquier otro tipo de materias sería susceptible de negociación entre las referidas partes.

Inicialmente, se debe poner de presente un asunto formal, ya mencionado, y es que las limitaciones a la negociación están previstas en una norma administrativa. No solo por el hecho de que hayan sido establecidas desconociendo la garantía de la reserva de ley, sino también porque extienden el conjunto de materias que se sustraen a la negociación, debe asumírselas restrictivamente. Lo anterior, justificado en la idea de que toda excepción a la regla debe ser así considerada, pero, fundamentalmente, por la aplicación de principio *pro homine*, que ordena favorecer el ejercicio del derecho humano y no su limitación (Pinto, 1997).

Así las cosas, se pasa a examinar cada uno de los supuestos de condiciones de trabajo de los empleados públicos, en procura de identificar las posibilidades para la negociación colectiva.

Vinculación

Los procesos tendientes a la vinculación de los empleados públicos son ajenos a la relación de trabajo, por ser anteriores a esta, pues se desarrollan con la finalidad de garantizar en la función pública la vigencia de varios principios constitucionales: legalidad, igualdad y mérito. Estos tres principios son transversales a los empleos públicos y a las formas de vinculación que ellos suponen. La regla es la carrera, pero para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción se autoriza el uso de la discrecionalidad de los nominadores para determinar parte del cumplimiento de los principios de igualdad y mérito, que se hace depender básicamente de la

variable de la confianza y el manejo, lo que solo puede ser determinado por los nominadores, que son los beneficiarios de la facultad discrecional.

La doctrina española ha estimado que en los proceso de vinculación el Estado se manifiesta como autoridad y no como empleador, por eso, estos son ajenos a la relación de trabajo (Sospredra, 2007, p. 69). Y resulta lógico, por ello, una restricción que impida que en los procesos de negociación colectiva con empleados públicos se discuta el sistema de mérito y otros asuntos relacionados directamente con la vinculación, en tanto pueda ponerse en riesgo el deber que tienen las autoridades públicas de asegurar la vigencia de los principios antes mencionados de la función pública. No obstante, debe considerarse que el escenario de la vinculación está colmado de matices y, por eso, no pueden descartarse asuntos objeto de negociación.

Por ejemplo, puede ser legítimo que un sindicato de empleados públicos exija en la negociación colectiva la provisión de empleos que se encuentran vacantes dentro de la entidad pública respectiva. Lo que no se puede negociar es su forma de provisión, pues esta ha sido reglada por las normas constitucionales (Constitución Política de 1991, art. 125) y legales (Ley 909/2004, de 23 de septiembre). Este supuesto puede presentarse en la discusión sobre la formalización de la relación de trabajo, para la reducción o desestimulación de los contratos de prestación de servicios o a través de terceros, lo cual apunta también a la protección laboral de los trabajadores.

Permanencia

Cuando se habla de permanencia, se dan por sentadas dos situaciones: la primera, la existencia de una relación de trabajo entre el empleado público y el Estado. Dicha relación se verifica para el caso de estos servidores públicos con el cumplimiento formal del acto condición (Sentencia nº 54001-23-33-000-2012-00114-01 del Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 4 de septiembre de 2017), que se verifica con la designación (nombramiento o elección) y que logra efectos prácticos con la posesión en el cargo. En cualquier otro evento, la relación laboral puede existir pero bajo la idea de una investidura ilegal. La segunda situación es el derecho a la estabilidad en el empleo. Este derecho puede tener diferente configuración según el tipo de cargo que ocupa el empleado público, bajo la regla de la mayor estabilidad de quienes ocupan empleos de carrera y la menor o precaria estabilidad de quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción.

En cualquiera de tales situaciones la permanencia es una condición de trabajo y podría eventualmente ser un tema de negociación colectiva, pero no en todos los casos, si se considera que la estabilidad se compromete por varios motivos: unos dependientes del desempeño del empleado, otros del comportamiento ético demostrado por este y otros que son objetivos y que están establecidos en la ley. Estos últimos no pueden ser objeto de negociación, pues la ley los

establece de modo genérico para todos los empleados públicos, incluso como causales de retiro (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, art. 41).

La permanencia por razón del desempeño se determina mediante instrumentos técnicos de evaluación y calificación de servicios que, al menos en Colombia, aparecen reglados en las normas legales cuando se trata de empleados con derecho de carrera (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, arts. 38 y ss.). La negociación puede incidir en este asunto que se halla prolijamente regulado por el orden jurídico (Acuerdo CNSC-20181000006176/2018, de 10 de octubre), en lo que tiene que ver con procedimientos e instrumentos de aplicación, bajo el presupuesto de que no se disminuya la posibilidad de verificar objetivamente el grado de cumplimiento de las responsabilidades a cargo de los empleados.

Si se trata de empleados públicos que ocupan empleos sin derecho de carrera, es claramente procedente la negociación, pues es una condición de trabajo sobre la que no existe una prohibición expresa, y en virtud de eso pueden acordarse reglas de procedimiento e, incluso, instrumentos de evaluación que puedan aplicarse a estos empleados sin poner en riesgo el mérito que se les exige para el cumplimiento de las funciones públicas. En este punto, la legalidad no es estricta y por eso entra en la esfera de lo que es decidible en la negociación.

Ascensos

El derecho de los empleados públicos de carrera a ser promovidos automáticamente a empleos de superior categoría por razón de la calificación sobresaliente de sus servicios fue eliminado en Colombia a partir de la Sentencia C-538 de octubre 23 de 1997 de la Corte Constitucional, por considerarlo contrario a los principios de eficacia administrativa y de igualdad en el acceso a los cargos públicos. De manera parcial, fue revivido por la Sentencia de Constitucionalidad nº 034/15 de Corte Constitucional, 28 de enero de 2015 de la misma Corte y por la Ley 1960/2019, de 27 de junio. Las reglas del ascenso son sustancialmente similares a las de la vinculación de personal y, por tanto, el Estado obra como una autoridad que debe garantizar principios constitucionales, como los señalados, que son indisponibles por las partes de la relación de trabajo, por tanto, por fuera de la negociación.

No obstante, el encargo constituye una situación administrativa que permite a un empleado público, de forma temporal, ocupar empleos vacantes de nivel o categoría superior, al menos hasta que sean provistos de acuerdo con la ley. Esta es una posibilidad que se admite para los empleados con derechos de carrera y les permite cumplir las funciones de esos cargos y recibir la remuneración correspondiente.

Se dispone que esta situación debe beneficiar al empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad y que reúne los requisitos

legales (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, art. 24). Para esos casos, los escenarios de posibilidades son variados, pero en particular es normal que exista un número mayor de aspirantes al encargo que empleos a proveer por este medio. Nada obsta para que la negociación colectiva pueda introducir complementos para lograr procedimientos que puedan regular las contingencias de este proceso, respetando la regla mínima legal ya citada.

Las funciones de los empleos

Se trata indistintamente de funciones, tareas, responsabilidades, deberes, obligaciones o cualquier otra forma de denominar las actividades a las que queda comprometido el servidor público con el Estado. En el derecho colombiano, los empleados públicos se caracterizan por que ocupan un empleo público y asumen, cuando son designados en ellos, las funciones que tales empleos ya tienen fijadas por normas previamente dictadas por la autoridad competente. El empleo antecede al empleado, no al contrario.

Concebir la negociación en este ámbito sería inicialmente aceptar la modificación de un marco de competencias constitucional (Constitución Política de 1991, arts. 189.4, 305.7, 315.7) y de procedimientos legales (Ley 909/2004, de 23 de septiembre, art. 19) que se han consolidado en la tradición de la función pública de este país (Vergara, 2015) y han afectado del mismo modo la porción de legalidad que expresan tales funciones (Rincón, 2009, p. 145). Es en este punto que se ha asentado con mayor fuerza la tesis estatutaria y la concepción unilateralista del vínculo del empleado con el Estado.

Sin embargo, afirmar lo anterior sería desconocer el complejo proceso por el que se definen las funciones de los empleos públicos. Este proceso está dividido en dos partes: una parte general a cargo del legislador en que se establecen la clasificación, las funciones y los requisitos generales de los empleos públicos (manual general), actualmente prevista en el Decreto 770/2005, de 17 de marzo y el Decreto 785/2005, de 17 de marzo; y otra parte que está a cargo de las entidades públicas empleadoras, en que se adoptan los manuales específicos de funciones y competencias, y se definen de manera concreta las funciones de los empleos creados para la respectiva entidad.

La primera parte de este proceso responde a una competencia exclusiva del legislador (Constitución Política de 1991, art. 123) y queda por fuera de cualquier posibilidad de negociación, a menos que se logre mediante negociación un acuerdo para incorporar reformas a la ley de empleo, previsto el compromiso de las autoridades gubernamentales de presentar ante el Congreso el proyecto de ley que modifique el texto legal correspondiente (Gernigon et al., 2000, p. 54).

La segunda parte, por el contrario, prevé diferentes pasos, algunos de los cuales tienen que ver con la identificación de las necesidades del servicio que conducen a la creación de los empleos, a su modificación o supresión, y en los que es factor esencial, el estudio técnico. Este tipo de estudios

tienen por objeto el análisis de los procesos técnico-misionales, la evaluación de la prestación de los servicios y de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos (Decreto 1083/2015, de 26 de mayo, art. 2.2.12.3), punto en el cual deben tener oportunidad de participar los empleados que los ocupan o sus representantes sindicales, porque en estos casos puede ponerse en riesgo su permanencia en el cargo o las condiciones de trabajo, por lo menos cuando tales empleos tienen la pretensión de ser eliminados o transformados sustancialmente.

Los salarios

Representan la contraprestación más directa que obtienen los empleados por la labor que realizan a favor del Estado (C095 - Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95)). Esta es una de las condiciones de trabajo consideradas como parte central de cualquier proceso de negociación colectiva, de la cual no pueden quedar marginados los empleados públicos, si bien con algunas restricciones (OIT, 2006, p. 196). El Decreto 160/2014, de 5 de febrero estipula esta posibilidad, pero consultando las circunstancias fiscales y presupuestales del Estado y respetando los límites que fije el Gobierno Nacional para esta materia. Es decir, que la norma pone su acento primordialmente en los incrementos salariales más que en otros aspectos que comprende esta condición de trabajo.

De acuerdo con la OIT (2017), los salarios abarcan muchos aspectos: el sistema de pago, la estructura y la composición salarial. El primero hace referencia al modo en que se calcula la remuneración a la que tiene derecho el empleado, para lo cual el derecho colombiano se apoya en la organización de los empleos, esto es, en su nivel jerárquico, la naturaleza de sus funciones, las responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño (Ley 4/1992, de 18 de mayo, art. 2). Este es un asunto que se define con antelación a la configuración de la relación de trabajo, pues se ubica en el momento de la creación de los empleos públicos. Poco espacio queda para la negociación colectiva, aparte de la necesidad de que los sindicatos sean convocados y sus apreciaciones consideradas por las autoridades competentes.

La estructura salarial es el punto en el que se inscriben regularmente los incrementos salariales, sujetos a la restricción ya mencionada. A este respecto, el margen de maniobra —al que se refiere la OIT (1994) en su doctrina— que ofrezca el marco legal es fundamental; y como en este proceso el Estado obra unilateralmente en el momento de su disposición, debe garantizarse el derecho que tienen los empleados y las organizaciones que los representan a participar en la determinación de este abanico salarial, para lo cual debe poder acceder a toda la información que fundamenta tal decisión.

La composición salarial es, por su parte, según la OIT (2017), el área más amplia en esta materia, pues comprende todos los elementos constitutivos del salario, incluso las remuneraciones básicas por hora, horas extraordinarias, retribuciones basadas en el rendimiento, compensacio-

nes por trabajo por turnos y demás, compensación por o medios de transporte, o ayudas a la educación, entre otros. Estos factores han sido tradicionalmente reglados en el derecho colombiano (Decreto 1042/1978, de 7 de junio, art. 42) y se estiman como del resorte exclusivo de las autoridades competentes según la Constitución y la ley, es decir, del Congreso de la República y del Ejecutivo nacional (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302) (28 de febrero de 2017)). El derecho antes comentado a participar en la conformación de ese marco y a que sus apreciaciones sean consideradas para tal efecto, es lo mínimo que pueden exigir las organizaciones sindicales en estos eventos.

Las prestaciones sociales

Están conformadas por todos los conceptos destinados a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral, que pueden estar a cargo del empleador o también de otras instituciones, tal cual ocurre con la seguridad social y el subsidio familiar (Sentencia de Constitucionalidad n° 892/09 de Corte Constitucional, 2 de diciembre de 2009). Son variados los factores prestacionales y los regímenes que los ordenan. Las prestaciones sociales en la función pública colombiana se muestran como un capítulo inflexible marginado de toda posibilidad de negociación. Igual que ocurre con los salarios, se han juzgado como un asunto que solo admite regulación por el Congreso de la República y por el Ejecutivo, mediante la técnica de la ley cuadro (Sentencia n° 11001-03-25-000-2011-00167-00 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 19 de febrero de 2018).

Lo que puede decirse al respecto, como una posibilidad de negociación, es lo advertido anteriormente, en cuanto al derecho que tienen los sindicatos de participar y a ser escuchados en los procesos tendientes a la definición de estos aspectos por parte de la autoridad competente, así como a que no esté vedada la posibilidad de que se puedan generar compromisos gubernamentales en torno a la discusión y presentación de reformas legislativas que puedan incidir en el mejoramiento de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados públicos.

El régimen disciplinario

En Colombia, es un asunto que tiene reserva de ley (Constitución Política de 1991, art.124), y actualmente se encuentra desarrollado en el Código General Disciplinario (Ley 1952/2019, de 28 de enero),¹ en el cual se incorporan normas sustanciales y procedimentales sobre conductas y

¹ La Ley 1955 de 2019, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad”, dispuso en el artículo 140 la prórroga hasta el 1 de julio de 2021 de la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, hasta la fecha anotada, rige el Código Disciplinario Único contenido en la Ley 734 de 2002.

sanciones que comprometen, tanto en el derecho penal derechos fundamentales de quienes son sus destinatarios como en el derecho político al cumplimiento de funciones públicas y el debido proceso. Esa es una señal de imposibilidad de realizar acuerdos colectivos sobre esta materia.

Aun así, no es absurdo pensar en que tales acuerdos pretendan mejorar las condiciones de protección del debido proceso de los empleados, en aspectos como las garantías procesales, los medios de publicidad y la defensa técnica, los cuales, en la medida en que no flexibilicen el objeto de las normas disciplinarias, que es el de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos en relación con el servicio a su cargo (acción, extralimitación u omisión de funciones), pueden entenderse como procedentes (Sentencia de Constitucionalidad n° 721/15 de Corte Constitucional, 25 de noviembre de 2015).

Las situaciones administrativas

Agrupan toda la serie de circunstancias o contingencias que pueden presentarse durante la vigencia de la relación de trabajo, como el servicio activo, los encargos, los permisos, las licencias, las comisiones y las suspensiones disciplinarias (Decreto 648/2017, de 19 de abril, art. 2.2.5.5.1.). Están sujetas a regulaciones diferentes, aunque mínimas, que dejan un amplio margen de maniobra a la negociación colectiva, diferencial eso sí según la situación de que se trate.

La jornada de trabajo

Alude al tiempo de duración de la labor desplegada por los empleados a favor del Estado. En Colombia, esta es una materia reglada por las normas legales, las cuales definen que la jornada laboral de tiempo completo es de 48 horas semanales (Decreto 1042/1978, de 7 de junio, art. 33). Por eso, los empleos públicos son creados de acuerdo con una jornada (tiempo completo o medio tiempo) que tiene como referencia dicha norma. Uno de los interrogantes que este asunto genera es el relativo a si jornada definida en la ley es un derecho mínimo de los empleados públicos o se comporta como un mandato imperativo que no puede flexibilizarse, no solo porque puede afectar el derecho a la igualdad de los empleados, sino también la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, al igual que el patrimonio del Estado.

La jornada de trabajo es considerada uno de los asuntos susceptibles de negociación colectiva, a lo cual se suma que sobre ella no existen mayores estipulaciones legales, muestra de ello es el buen número de normas especiales que disponen jornadas laborales para empleados públicos por debajo de las 48 horas mencionadas, como ocurre para la rama judicial (Decreto 1975/1989, de 31 de agosto, art. 4) o para las universidades estatales u oficiales (Ley 30/1992, de 28 de diciembre, art. 71).

Horarios de trabajo

Ninguna dificultad existe en que la negociación colectiva pueda establecer reglas relativas a la repartición de la jornada de trabajo definida en la entidad. Incluso las mismas normas legales (Decreto Ley 1042 de 1978, arts. 33 y ss.) prevén amplias facultades de los jefes de los organismos públicos para tal efecto, lo cual entonces puede ser objeto del acuerdo colectivo correspondiente, asumiendo las consecuencias laborales de la prestación de servicios en algunas circunstancias específicas, como las jornadas nocturnas o en días dominicales o festivos, entre otros.

CONCLUSIONES

El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos ha sido de reciente reconocimiento en el derecho colombiano. Hasta la expedición de la Constitución Política de 1991 y por la recepción de varias normas internacionales del trabajo, se inició en este país una lenta y paulatina maduración de sus posibilidades jurídicas, las cuales se hallan actualmente previstas en un reglamento expedido por el Ejecutivo. Esta regulación se caracteriza por el establecimiento de restricciones a la negociación colectiva por parte de este grupo de servidores, con lo cual las materias objeto de negociación terminan siendo la excepción como resultado de un modelo de función pública que asume la teoría estatutaria para la explicación del vínculo que une al Estado con sus empleados públicos, y que se muestra inicialmente incompatible con instituciones básicas del derecho laboral.

El análisis presentado en este artículo con respecto a las restricciones y posibilidades que ofrece el concepto de *condiciones de trabajo* en la función pública muestra de manera crítica las limitaciones en las que incurre el Decreto 160/2014, de 5 de febrero, en comparación con lo que fue establecido por el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151). En primer lugar, desconoce la reserva de ley para definir el procedimiento para la negociación, exigencia también planteada por la Sentencia de Constitucionalidad nº 034/15 de Corte Constitucional, 28 de enero de 2011. En segundo lugar, excluye de las posibilidades de negociación aspectos genéricos que podrían incidir en la práctica en las condiciones de empleo; en tercer lugar, exige un carácter sindical a la asociación que represente a los empleados en la negociación, pese a que el Convenio alude de manera general a organizaciones de empleados públicos; y en cuarto lugar, dispone que el acuerdo adoptado se formalice por un acto administrativo.

Las limitaciones actualmente previstas al derecho a la negociación colectiva por parte de los empleados públicos, además de ser contrarias a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en convenios como el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), deben ser interpretadas restrictivamente. La connotación de este derecho como derecho humano e integrante del *ius cogens* laboral impone la revisión puntual de la legitimidad de estas limitaciones. De este modo, se abren grandes posibilidades

para el ejercicio del citado derecho sin que se pongan en riesgo los fines de la función pública, ni los fines democráticos del Estado que disponen la realización del principio participación como factor de legitimación de las decisiones administrativas.

Las condiciones de trabajo constituyen un concepto que comprende múltiples asuntos de la relación laboral. La negociación colectiva se muestra en este escenario como una institución que procura incidir, tanto como otras normas jurídicas, en esta regulación.

El estatuto del empleado público puede integrar normas jurídicas de diversa índole. Nada obsta para que los acuerdos logrados a partir de la negociación colectiva se instalen como una norma más de este estatuto, con lo cual, no solo se atenúa su tradicional carácter unilateral, sino que también se le dota de mayor legitimidad y eficacia, por ser productos de la participación y el diálogo social entre las partes de la relación laboral.

Además de que la negociación colectiva es una expresión y escenario indiscutible para la participación, la vulneración de la reserva de ley que se evidencia sobre este tema en Colombia constituye una violación al principio democrático, pues implica que es la Administración unilateralmente y no el órgano de representación popular el que determina los alcances del derecho, con lo que se configura un desconocimiento del principio democrático tanto desde el ámbito de la participación ciudadana como de los escenarios democráticos para la deliberación y representación.

El análisis aquí presentado desde una perspectiva dogmática con enfoque cualitativo, y a la propuesta de análisis de un escenario administrativo de referencia como el procedimiento para la negociación colectiva de los empleados públicos, deja abierta la posibilidad para que en futuras investigaciones, desde otras perspectivas como la sociojurídica y a partir de enfoques de análisis como el cuantitativo, se emprenda el estudio de los efectos que ha generado el desarrollo normativo con las particularidades ya vistas, de la negociación colectiva en Colombia.

REFERENCIAS

- Ackerman, M. E. (Ed.). (1998). *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.
- Acuerdo CNSC-20181000006176/2018, de 10 de octubre, por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba. *Diario Oficial*, núm. 50743 (11 de octubre de 2018).
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la Constitución del Estado Constitucional. *Doxa*, 24, 429-457. Recuperado de http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10216/1/doxa24_16.pdf
- Balbín Torres, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración pública*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Blanquer Criado, D. V. (1998). *Introducción al derecho administrativo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- C095 - Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95).
- C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151)
- C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302) (28 de febrero de 2017).
- Constitución Política de 1991, de 13 de junio, Constitución Política de 1991. *Gaceta Constitucional*, núm. 114 (4 de julio de 1991).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2008). *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. San José, Costa Rica: Autor.
- Cueva, M. de la. (1990). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. (12.^a ed.). Ciudad de México, México: Porrúa.
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Adoptada en 1998, la Declaración compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Decreto 1042/1978, de 7 de junio, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 35035 (15 de junio de 1978).
- Decreto 1083/2015, de 26 de mayo, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. *Diario Oficial*, núm. 49523 (26 de mayo de 2015).
- Decreto 160/2014, de 5 de febrero, por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. *Diario Oficial*, núm. 49055 (5 de febrero de 2014).

- Decreto 1975/1989, de 31 de agosto, por el cual se modifica y adiciona el Decreto-ley 1888 de 1989. *Diario Oficial*, núm. 38961 (31 de agosto de 1989).
- Decreto 2663/1950, de 5 de agosto, sobre Código Sustantivo del Trabajo. *Diario Oficial*, núm. 27407 (9 de septiembre de 1950).
- Decreto 648/2017, de 19 de abril, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública. *Diario Oficial*, núm. 50209 (19 de abril de 2017).
- Decreto 770/2005, de 17 de marzo, por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004. *Diario Oficial*, núm. 45855 (19 de marzo de 2005).
- Decreto 785/2005, de 17 de marzo, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004. *Diario Oficial*, núm. 45855 (19 de marzo de 2005).
- Diez, M. M. (1997). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.
- Fiorini, B. (1976). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1993). *Curso de derecho administrativo*. Madrid, España: Civitas.
- Garrido Falla, F. (2005). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, España: Tecnos.
- Gernigon, B., Otero, A. y Guido, H. (2000). *La negociación colectiva: normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Zúrich, Suiza: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de http://oit.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087940.pdf
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, 39, 71-99.
- Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación - Informe núm. 362, Noviembre 2011 Caso núm. 2804 (Colombia) - Fecha de presentación de la queja: 21-Jul-10 – Cerrado.
- Jèze, G. (1949). *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Ley 1437/2011, de 18 de enero, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, núm. 47956 (18 de enero de 2011).
- Ley 1952/2019, de 28 de enero, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. *Diario Oficial*, núm. 50850 (28 de enero de 2019).
- Ley 1960/2019, de 27 de junio, por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 50997 (27 de junio de 2019).

Ley 30/1992, de 28 de diciembre, por la cual se organiza el servicio público de la educación superior. *Diario Oficial*, núm. 40700 (29 de diciembre de 1992).

Ley 4/1992, de 18 de mayo, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones según lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. *Diario Oficial*, núm. 40451 (1992).

Ley 24.185/1992, de 11 de noviembre, establécense las disposiciones por las que se registrarán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados.

Ley 80/1993, de 28 de octubre, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, núm. 41094 (28 de octubre de 1993).

Ley 909/2004, de 23 de septiembre, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 45680 (23 de septiembre de 2004).

Merkel, A. (2004). *Teoría general del derecho administrativo*. Granada, España: Comares.

Mugnolo, J. (2013). *La negociación colectiva de los empleados públicos en España y en América Latina*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Organización Internacional del Trabajo. (1994A). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra, Suiza: Autor.

Organización Internacional del Trabajo. (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra, Suiza: Autor.

Organización Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. (5.ª ed.). Ginebra, Suiza: Autor.

Organización Internacional del Trabajo. (2011). Promoción de la negociación colectiva. Convenio N.º 154. Ginebra, Suiza: Autor.

Organización Internacional del Trabajo. (2017). Temas objeto de negociación colectiva. *Nota Informativa*, 3. Recuperado de https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/publications/WCMS_541483/lang--es/index.htm

Ortiz, H. (2010). Ius cogens laboral y sus aportes al trabajo decente en un mundo global-global-regional. *Cuestiones Jurídicas*, 4(2), 85-107. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519335004.pdf>

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, según el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, según el artículo 27.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregu y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. (pp. 163-172). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Potobsky, G. von y Cruz, B. de la. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador".
- Rincón Córdoba, J. I. (2009). *Derecho administrativo laboral: empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Córdoba, J. I. (2018). *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sarria, C. (2002). Profesionalización de la función pública en Colombia. En *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica*. (pp. 103-128). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Barcelona, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Sentencia de Constitucionalidad nº 034/15 de Corte Constitucional, 28 de enero de 2015.
- Sentencia de Constitucionalidad nº 1234/05 de Corte Constitucional, 29 de noviembre de 2005.
- Sentencia de Constitucionalidad nº 521/95 de Corte Constitucional, 16 de noviembre de 1995.
- Sentencia de Constitucionalidad nº 592/98 de Corte Constitucional, 21 de octubre de 1998.
- Sentencia de Constitucionalidad nº 721/15 de Corte Constitucional, 25 de noviembre de 2015.
- Sentencia de Constitucionalidad nº 892/09 de Corte Constitucional, 2 de diciembre de 2009.
- Sentencia de Tutela nº 406/92 de Corte Constitucional, 5 de junio de 1992.
- Sentencia nº 11001-03-25-000-2011-00167-00 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 19 de febrero de 2018.

- Sentencia n° 25000-23-25-000-1998-03468-01(0905-05) de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 9 de agosto de 2007.
- Sentencia n° 54001-23-33-000-2012-00114-01 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, de 4 de septiembre de 2017.
- Sospredra Navas, F. J. (2007). El régimen jurídico del personal laboral en la administración local. *Cuadernos de Derecho Local*, 15, 63-76
- Titiro, J. (2013). El marco legal y los productos de la negociación colectiva en el sector público nacional: un análisis comparativo entre los dos convenios celebrados. La negociación colectiva en el sector público. En AA. VV., *La negociación colectiva en el sector público*. (pp. 106-123). Buenos Aires: Organización Internacional del Trabajo.
- Válticos, N. (1977). *Derecho internacional del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
- Vega Ruiz, M. L. y Martínez, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.
- Vergara Mesa, H. D. (2015). ¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa. *Opinión Jurídica*, 14(27), 175-192. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1205>
- Vergara Mesa, H. D. (2019). *Instituciones del derecho administrativo laboral*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Weber, M. (2012). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.